CALATINO TERRA D'ACCOGLIENZA

Consorzio tra Comuni

Mineo – San Michele di Ganzaria – Vizzini - San Cono – Ramacca – Raddusa
Licodia Eubea – Mirabella Imbaccari – Castel di Iudica

Determinazione Dirigenziale n. 76 del 14/05/2015

Oggetto: Procedimento, esperito ai sensi degli artt. 7 e 8 della Legge n. 241/1990, per l'annullamento, in autotutela, della determinazione dirigenziale n. 114 del 30/07/2014 di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento della gestione del CARA di Mineo. CIG: 5716209CE1.

IL DIRETTORE GENARALE

Visto lo Statuto di questo Consorzio, costituitosi in data 28 dicembre 2012 per la gestione del Cara di Mineo;

Vista la deliberazione n. 7 del 11 febbraio 2014 del C.d.A. di nomina del Direttore Generale del Consorzio;

Preso atto che questo Consorzio:

- Il 20 dicembre 2013 ha sottoscritto con la Prefettura di Catania un "Accordo", ai sensi dell'art. 15 della L. 241/90, con il quale ha assunto dal 1° gennaio 2014 "il ruolo di stazione appaltante per la selezione del soggetto gestore" del Cara di Mineo;
- il 2 aprile 2014 ha sottoscritto con l'Impresa "Pizzarotti" un contratto di locazione triennale della struttura denominata "Residence degli Aranci" sita nel territorio del Comune di Mineo, da adibire a Cara;
- il 24 aprile 2014, con la determinazione dirigenziale n. 58, ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento triennale dei servizi e delle forniture per la gestione del Cara di Mineo ed ha nominato Responsabile Unico del Procedimento il Direttore Generale dello stesso Consorzio;
- il 30 giugno 2014 la Commissione di valutazione delle offerte ha dichiarato aggiudicataria provvisoria della gara il Consorzio di Cooperative Sociali Casa della Solidarietà, nella qualità di capogruppo di una costituenda ATI;
- il 30 luglio 2014 il Direttore Generale, con la determinazione dirigenziale n. 114 del 30/07/2014, ha approvato gli atti della Commissione e dichiarato

l'aggiudicazione definitiva di detta gara alla stessa ditta già provvisoriamente aggiudicataria;

- il 26 settembre 2014 ha sottoscritto il contratto di appalto per la gestione del Cara di Mineo con la ditta aggiudicataria, con decorrenza dal 1° ottobre 2014;

Preso atto che in detto procedimento di gara si è inserita, il 9 giugno 2014, la richiesta all'Autorità Nazionale di Vigilanza sui contratti pubblici, da parte della "Società Cooperativa C.O.T.", di esprimersi con un parere precontenzioso, ex art. 6 comma 7 lettera n) del d.lgs. 163/2006, sulla presunta illegittimità della lex specialis di gara;

Preso atto che l'Autorità Nazionale Anticorruzione:

- Il 15 luglio 2014 ha avviato il procedimento per esprimere detto parere precontenzioso;
- Il 25 febbraio 2015 ha deliberato il parere n. 15, con il quale ha ritenuto illegittima la lex specialis della gara, indetta con la determinazione n. 58 del 24/04/2014, perché in contrasto con gli artt. 2, comma 1-bis, e 27 del d.lgs. 163/2006 e con i principi di concorrenza, proporzionalità, trasparenza, imparzialità ed economicità;

Preso atto che, a seguito di detto parere precontenzioso, questo Consorzio:

- il 19 marzo 2015, con la nota n. 639 prot., ha avviato una procedura, ai sensi degli artt. 7 e 8 della Legge n. 241/1990 e s.m.i., per l'annullamento in autotutela della determinazione dirigenziale n. 114/2014 di aggiudicazione definitiva della gara;
- il 13/04/2015, con la nota n. 808 prot., ha chiesto all'Autorità Nazionale Anticorruzione la revisione del citato parere precontenzioso n. 15/2015, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento della stessa Autorità, adducendo la presenza di nuovi elementi di fatto e di diritto non precedentemente valutati;
- il 13/04/2015, con la determinazione dirigenziale n. 53, ha sospeso il predetto procedimento sino a nuova deliberazione di detta Autorità;

Vista la nota n. 56088 prot. del 6 maggio 2015, con la quale il Presidente della Autorità Nazionale Anticorruzione ha comunicato che, come deliberato dal Consiglio nell'adunanza del 28-30 aprile 2015, la predetta istanza di revisione "*è dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 9 del Regolamento in quanto, rispetto alla questione controversa e valutata con il parere reso, non risultano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto e/o diritto rilevanti ai fini del riesame del parere n. 15/2015*";

Ritenuto che, a seguito di quest'ultimo pronunciamento, il Direttore Generale di questo Consorzio, nella qualità di Responsabile Unico del Procedimento della gara d'appalto, è tenuto a definire il sospeso procedimento, oggetto del presente provvedimento, previa una soggettiva valutazione dei presupposti legittimanti il

ricorso a detto potere di autotutela, rispetto ad un parere precontenzioso, quello dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che non incide direttamente sugli atti amministrativi e che non è vincolate;

Dato atto, preliminarmente, che non è precluso a questa Amministrazione, anche dopo l'aggiudicazione definitiva dell'appalto e la sottoscrizione del relativo contratto, di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un concreto ed attuale interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio di detta aggiudicazione, fondandosi detta potestà di annullamento in autotutela sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, ma con l'obbligo di fornire un adeguata motivazione in ordine ai motivi che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dai partecipanti alla gara, giustificano la caducazione del provvedimento;

Considerate le motivazioni addotte dall'Autorità Nazionale Anticorruzione per ritenere, con il parere precontenzioso n. 15/2015, la lex specialis della gara oggetto del presente procedimento illegittima, così riassunte in sette punti:

1) dagli atti di gara non è possibile dedurre che i servizi di cui all'Allegato II B del Codice dei contratti pubblici siano economicamente prevalenti rispetto ai servizi di cui all'Allegato II A, giustificando la sottrazione dell'intero appalto alla disciplina codicistica, in assenza di una indicazione degli importi a base d'asta riferiti alle singole attività oggetto di affidamento;

2) il decreto del Ministero dell'Interno del 21 novembre 2008 che ha approvato lo schema di capitolato di gara d'appalto unico, compreso quello dei CARA, ha fornito talune istruzioni operative per la predisposizione dei bandi e dei capitolati tecnici, descrivendo i servizi e le forniture che devono essere resi nei centri di accoglienza, e non ha imposto che debbano essere necessariamente affidati ad un unico gestore;

3) i requisiti speciali di partecipazione alla gara, anche se non appaiono singolarmente considerati sproporzionati, complessivamente considerati diventano illegittimi e preclusivi della partecipazione, in quanto espressione di un oggetto contrattuale che si riferisce ad appalti differenti che avrebbero dovuto essere aggiudicati con separate procedure di gara ovvero con ragionevole suddivisione in lotti;

4) la scelta della Stazione appaltante di procedere con un unico affidamento ad appaltare attività eterogenee, per quanto funzionali alla gestione del Cara, appare in contrasto con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, pari trattamento, trasparenza e proporzionalità, in quanto trattasi di principi generali applicabili anche ai contratti esclusi, per espresso richiamo dell'art. 27, comma 1, del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 2, comma 1 bis, dello stesso decreto;

5) la deroga alla regola generale di suddivisione dell'appalto in lotti, in un'ottica di tutela alla concorrenza, poteva essere esercitata dalla Stazione appaltante attraverso l'adempimento dell'onere di motivare la scelta discrezionale di

procedere all'affidamento di un unico lotto. L'assenza di detta motivazione nella determinazione a contrarre fa emergere dubbi sulla legittimità della scelta, per aver compromesso l'accesso alle piccole e medie imprese;
6) il fatturato richiesto come capacità finanziaria per la partecipazione alla gara, anche se non appare astrattamente sproporzionato rispetto al valore dell'appalto, tuttavia la clausola risulta in contrasto con il principio di trasparenza, non essendo stati individuati gli importi a base d'asta per le singole attività in affidamento;
7) la mancata indicazione nel bando di gara delle percentuali con le quali determinare il regime dell'iva nell'offerta economica a base d'asta, con la sola previsione dell'importo globale inclusivo dell'iva, risulta in contrasto con l'art. 29 del D. lgs. 163/2006;

Premesso, in ordine alla criticità specificata nel primo punto, che la lex specialis, ha esplicitato chiaramente, nel punto n. 3, che l'appalto in questione rientra nei servizi di cui all'allegato II B del D. Lgs. n. 163/2006, a seguito delle seguenti precedenti valutazioni da parte della Stazione appaltante:

- l'oggetto principale dell'appalto, per la gestione del Cara, sono i servizi assistenziali socio-sanitari offerti agli immigrati (minuta sussistenza, assistenza generica alla persona, assistenza sanitaria, fornitura beni, fornitura e preparazione pasti) e l'aggiudicazione di detti servizi, rientrando tra quelli elencati dall'Allegato II B al Codice degli appalti, è disciplinata solamente dalla lex specialis di gara e dagli artt. 65, 68 e 225 di detto Codice, ai sensi dell'art. 20 dello stesso;
- nell'oggetto dell'appalto sono compresi anche altri due servizi (pulizia ed igiene ambientale, gestione e manutenzione locali ed impianti) sottoposti, rientrando tra quelli elencati dall'Allegato II A al Codice degli appalti, a tutte le disposizioni di detto Codice;
- i servizi rientranti nell'Allegato II B appaiono di gran lunga economicamente prevalenti rispetto a quelli rientranti nell'Allegato II A, per il valore assegnato alla ponderazione dei singoli servizi e per il costo del personale previsto per ognuno di essi, rispetto alla componente dei servizi di pulizia e di manutenzione, che insieme incidono non più del 10 % sull'importo totale e che sono finalizzati esclusivamente a consentire il corretto espletamento dei primi, rispetto alle quali hanno valore solo servente;
- ai sensi dell'art. 21 del Codice degli appalti, anche questi ultimi servizi, facenti parte dell'Allegato II A, sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni del Codice degli appalti e rientrano nella previsione del predetto art. 20;
- il parere conforme espresso il 20 gennaio 2014 da un Collegio di avvocati del foro di Catania, esperti in materia di appalti, su richiesta del Consiglio di Amministrazione di questo Consorzio, dopo aver assunto il ruolo di Stazione appaltante del Ministero dell'Interno per la selezione del Soggetto gestore del Cara di Mineo;

Ritenuto, pertanto, poter confermare, sul primo punto, che i servizi oggetto di detto appalto sono esclusi dall'applicazione del Codice degli appalti, salvo per gli articoli testé citati e per l'art. art. 27 dello stesso Codice, che disciplina i principi generali a cui si devono attenere anche i contratti esclusi da detta disciplina, precisamente:

- il rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità;
- l'applicazione dell'art. 2 dello stesso Codice, limitatamente ai commi 2, 3 e 4;

Ritenuto, in ordine al secondo punto, che, prescindendo dalla valutazione se il capitolato d'appalto approvato dal Ministero dell'Interno con Decreto ministeriale del 21/11/2018 sia un atto regolamentare cogente per tutte le Prefetture e per questa Stazione appaltante od uno schema di massima di elencazione dei servizi, di certo il "capitolato d'appalto" è un atto documentale, allegato al bando, per far poi interamente parte, in modo sostanziale, del successivo contratto, che individua l'oggetto finale dello stesso appalto, e che così è stato inteso da questo Consorzio e da tutte le Prefetture d'Italia negli appalti per la gestione dei Cara;

Ritenuto, in ordine al terzo punto, sulla disciplina dei requisiti speciali di partecipazione all'appalto, che detti requisiti sono stati quantificati dalla Stazione appaltante in misura pari o inferiore rispetto a quelli previsti nel precedente appalto del 2012, sempre per la gestione del Cara di Mineo, che l'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, ora ANAC, ha ritenuto singolarmente e complessivamente conformi alle norme di settore, anche perché le singole ditte potevano essere sostenute nel dimostrarne il possesso da altre società con l'istituto dell'Avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del Codice degli Appalti;

Ritenuto, in ordine al settimo punto, che la Stazione appaltante si è valsa del principio generale di considerare, nel valutare la convenienza dell'offerta economica, il costo complessivo da sopportare per ottenere il servizio, perché detto prezzo rappresentava il limite massimo di spesa consentito dal Ministero, e che tale scelta, evidenziata nella lex specialis di gara, non contrasta con l'art. 29 del D. Lgs. 163/2006, in quanto non ne è obbligatoria l'applicabilità per i servizi rientranti nella previsione degli artt. 20 e 21 dello stesso Codice;

Premesso, in ordine ai restanti punti, ma vale anche per i precedenti, che il citato parere precontenzioso motiva sempre il mancato rispetto nella lex specialis di gara dei principi generali del Codice degli appalti, di cui al citato art. 27, di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, dalla scelta della Stazione appaltante di procedere ad appaltare attività eterogenee con un unico affidamento e non a singoli lotti, principio espresso dall'art. 2 comma 1 bis dello stesso Codice, ai sensi del quale "Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni

appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti";

Ritenuto, in generale, che la Stazione appaltante ha rispettato i principi previsti da detto art. 27 per aver:

- scelto una procedura di gara, nella lex specialis, aperta alla partecipazione di tutti gli operatori dei singoli settori in gara, sia singolarmente, con l'utilizzo dell'istituto dell'Avvalimento, sia consorziandosi, e non quella ristretta con l'invito ad un minimo di cinque operatori esperti nella gestione di centri per immigrati, come la stessa norma autorizzava a fare e come è stato fatto nel 2011 nella gara d'appalto per la gestione dello stesso Centro di Mineo;
- assicurato un adeguato ed elevato livello di pubblicità degli atti di gara, non solo con quella obbligatoria (sul Sito, sulla Gazzetta Ufficiale e su quella dell'Unione europea) ma anche con quella facoltativa (sui quotidiani);

Ritenuto, nel merito, che la Stazione appaltante non era obbligata, nell'appaltare i servizi rientranti nella previsione dell'art. 27 del Codice dei Contratti, a suddividere l'appalto in lotti, in deroga al principio generale di unitarietà dell'affidamento di detti servizi, in quanto il comma 1-bis dell'art. 2, che sancisce l'obbligo di lottizzazione degli appalti, non si applica ai contratti esclusi, non rientrando tra il principi generali richiamati dal menzionato art. 27, che individua solo i commi 2, 3 e 4 di detto articolo;

Ritenuto, pertanto, alla stregua di detta previsione normativa che:

- la Stazione appaltante solo nel caso volesse favorire il frazionamento dell'appalto era tenuta, però richiamando il comma 1 bis di detto art. 2 nella lex specialis di gara, a fornire un'esaustiva motivazione sulla convenienza economica di tale scelta e, soprattutto, sul rispetto del requisito dell'autonomia funzionale dei singoli lotti, nei termini descritti dalla determinazione n. 5 del 9 giugno 2005 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici;
- suddetti requisiti nel presente appalto difettano entrambi, in quanto nessuno dei singoli servizi, tutti insieme peculiari, funzionali ed anche trasversali nell'utilizzo del personale, in una visione di efficienza ed economicità gestionale, può essere avviato ed espletato da solo senza la contemporanea presenza degli altri e senza la unitarietà di coordinamento;

Rilevata, altresì, la convenienza per la Stazione appaltante dell'offerta economica presenta dall'aggiudicataria dell'appalto, anche se con un ribasso del 1,00671% sull'importo a base d'asta, dal confronto del costo dell'offerta aggiudicata di € 29,50 pro capite pro die rispetto al costo di € 35,45 pro capite pro die per gli stessi servizi svolti nel Cara di Mineo con l'appalto aggiudicato nell'anno 2012;

Considerate, anche, le controdeduzioni presentate il 30/03/2015 dal "Consorzio di Cooperative Sociali Casa della Solidarietà", aggiudicataria dell'appalto, nell'ambito di questo procedimento, così riassunte:

- il Decreto Ministeriale del 21 novembre 2008, avente natura regolamentare per le Prefetture e la Stazione appaltante, ha approvato uno schema di "capitolato di appalto", ma questo rientra nel novero dei "documenti del contratto" (art. 68 del d.lgs.vo 163 del 2006) e, dunque, degli atti da porre a base di una singola procedura di gara;
- dagli artt. 1, 7 e 9 di detto capitolato emerge che il Ministero non si è limitato ad effettuare una ricognizione dei servizi e delle forniture che devono essere garantiti nell'ambito della gestione del Centro di accoglienza, ma ha configurato la struttura dell'appalto e del procedimento di gara in termini inequivocabilmente unitari;
- tutte le gare relative agli appalti aventi ad oggetto la gestione di Centri per l'accoglienza degli immigrati sono stati aggiudicate da sempre e da tutte le Prefetture, sulla base del richiamato schema di capitolato, con un unico appalto senza suddivisione dei servizi in lotti;
- il Consorzio, come Stazione appaltante del Ministero dell'Interno, pur in ipotesi di annullamento della procedura di gara, non potrebbe che riproporre il medesimo schema di gara e di capitolato;
- il potere di annullamento di ufficio per un difetto di motivazione (presunto vizio formale) non può legittimamente esercitarsi in mancanza di una valutazione in concreto circa la possibilità tecnica e la convenienza economica di rifare la gara con una suddivisione in lotti dell'appalto;
- non sussiste la possibilità tecnica di detta suddivisione, poiché nessuna attività può essere espletata indipendentemente dalle altre e tutte devono essere correlate tra loro;
- non sussiste la convenienza economica di bandire tante gare quanti sono i servizi oggetto dell'appalto, poiché l'amministrazione pubblica dovrebbe avocare a sé, con ampliamento dell'organico, il coordinamento delle prestazioni di supporto, che sono state suddivise in lotti, ed incrementare il numero del personale previsto per ogni servizio, come i mediatori linguistici, per fare diventare il lotto autonomo rispetto agli altri;
- l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione esporrebbe la Stazione appaltante all'azione risarcitoria del Raggruppamento di imprese che da oltre sei mesi ha sottoscritto il contratto d'appalto, avviato la gestione ed effettuato tutti gli investimenti necessari, compreso il reperimento di ingenti risorse finanziarie con il ricorso al credito bancario;

Preso atto che la Stazione appaltante è riuscita, concludendo il procedimento d'appalto, a realizzare, nel rispetto delle peculiari normative di settore, l'interesse pubblico sotteso all'Accordo sottoscritto il 20 dicembre 2014 tra questo Consorzio ed il Ministero dell'Interno, di interrompere un lungo periodo di proroghe del precedente contratto di gestione del Cara di Mineo, vincolato a concluse esigenze emergenziali, ed assicurare con prontezza, speditezza ed economicità un nuovo

contratto di appalto più rispondente alle nuove esigenze di ordinaria e trasparente gestione del Centro;

Preso atto, altresì, che il lungo decorso del tempo dall'aggiudicazione definitiva dell'appalto e dalla sottoscrizione del relativo contratto ne hanno ormai consolidato gli effetti, anche per il mancato interesse degli aventi diritto di impugnare, nei termini di legge, la lex specialis di gara e la detta aggiudicazione;

Ritenuto, pertanto, che la determinazione n. 114 del 2014, oggetto del presente procedimento, di aggiudicazione definitiva dell'appalto per la gestione del Cara di Mineo non può essere annullata perché la lex specialis di gara, approvata con la determinazione dirigenziale n. 58 del 24/04/2014, non sembra, a parere di questa Stazione appaltante, in contrasto con l'art. 2, commi 2, 3 e 4, e con l'art. 27 del D. Lgs. n. 163/2006;

Preso atto che il presente provvedimento non comporta spesa;

Vista la Legge n. 241 del 1990;

DISPONE

Per le considerazioni in premessa specificate, che qui si intendono riportate e trascritte, di:

1) confermare la determinazione dirigenziale n. 114 del 30 luglio 2014, di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto per la gestione del Cara di Mineo, e ribadirne integralmente il contenuto;
2) comunicare il presente provvedimento, tramite PEC, alle ditte interessate;
3) pubblicare la presente determinazione nell'Albo pretorio del Consorzio e nel seguente sito istituzionale: www.consorziocaramineo.it;
4) trasmetterne copia all'Autorità Nazionale Anticorruzione, alla Procura della Repubblica di Caltagirone, al Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno ed alla Prefettura di Catania.

Il Direttore Generale
(dott. Giovanni Ferrera)

SERVIZIO FINANZIARIO E DI RAGIONERIA

Visto il presente provvedimento, che non comporta impegno di spesa, se ne attesta la regolarità contabile, ai sensi del T.U. 18-08-2000 n. 267 e sue successive modifiche ed integrazioni.

Mineo, 14/05/2015

Il Responsabile del Servizio
(Milazzo Francesco)